

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 DA MUTABILIDADE DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS MESMO QUANDO IMPOSTA, *A PRIORI*, A SEPARAÇÃO LEGAL NO CASO DE CASAMENTO DE MENORES DE IDADE

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito

1. Acórdão

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0394.03.034395-5/001

COMARCA: MANHUAÇU

APELANTE: A.B.N. e L.B.B.

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATOR: DESEMBARGADOR NILSON REIS

DATA DO JULGAMENTO: 3 DE MAIO DE 2005

EMENTA: ORDINÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO - ART. 1.639 DO CC - ALCANCE. As disposições do art. 1.639 do CC sobre alteração do regime de bens não alcançam o casamento realizado sob o regime obrigatório da separação de bens. APELO IMPROVIDO.

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

VOTO

Conheço do recurso, porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação ordinária com pedido de modificação do regime de bens no casamento, proposta por A.B.N. e L.B.B., cuja petição inicial foi indeferida, com base nos artigos 267, I c/c 295, I, parágrafo único, III, do CPC (impossibilidade jurídica do pedido) (f. 17-19).

Os autores, inconformados, apelam (f. 21-27) e sustentam que o pedido de modificação do regime de bens do casamento é juridicamente possível, porquanto previsto pelo § 2º do art. 1.639 do CC. Por fim, dizem que a alteração do regime de casamento não viola o ato jurídico perfeito, porquanto não se deve considerá-lo como absoluto, e a vontade das partes deve prevalecer, conforme faculta a legislação civil em vigor.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 39-41, TJ, opina pela procedência do recurso.

Assim relatados, passo à decisão.

A análise dos autos revela que os apelantes contraíram matrimônio sob o regime da separação de bens, por força do art. 258, parágrafo único, e art. 214 do Código Civil de 1916 (f. 06), ou seja, regime obrigatório. Aliás, o regime obrigatório tem por fundamento o fato de conquanto os nubentes tenham liberdade na escolha do regime matrimonial de bens, a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em determinados casos excepcionais, um regime obrigatório, no caso, o da separação de bens (RT 561-70).

O Código Civil em vigor, à luz do art. 1.641, manteve a orientação do Código Civil revogado, isto porque o regime obrigatório ou regime legal (de separação de bens no casamento) restou previsto para as pessoas que se enquadram nas hipóteses dos incisos I, II e III. Os apelantes, pelo teor da certidão de casamento de f. 06, pertencem ao grupo do inciso III do art. 1.641 do CC.

Nesse contexto, do ponto de vista lógico-sistemático e teleológico que preside a interpretação do Direito de alteração do regime no casamento, tem como limite de admissibilidade o regime obrigatório da separação de bens no casamento, ou seja, aqueles expressos nos incisos do art. 1.641 do CC. Imaginar o contrário é interpretar a legislação de modo parcial, quando o seu contexto dirige-se a um todo.

Ademais, se o legislador de 2002 não quisesse que o regime obrigatório da separação de bens perdurasse no tempo, decerto que teria dito no § 2º do art. 1.639 do CC que é admissível a alteração do regime de bens, inclusive em relação ao regime obrigatório a separação de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Ressalvo que tenho adotado entendimento de possibilidade de alteração do regime de bens (por exemplo, quando da relatoria da Apelação nº 1.0024.03.001131-6/001), quando inexistente prejuízo aos cônjuges ou a terceiros, inclusive sem distinção entre casamentos realizados sob a égide do antigo ou do atual Código Civil, mas, em casos de escolha de regime de bens voluntária, o que não é, de todo, o caso dos autos. Como já dito, o fato de terem os apelantes contraído núpcias sob o regime de separação legal de bens, devido à menoridade, à época, os impede de alterá-lo, ainda que alcançada a maioridade. Teríamos, no caso, uma burla à lei.

Com efeito, o pedido dos apelantes de modificação do regime de bens no casamento configura-se juridicamente impossível, porquanto não autorizado pelo ordenamento jurídico. Em suma, as disposições do art. 1.639 do CC sobre alteração do regime de bens não alcançam o casamento realizado sob o regime obrigatório da separação de bens.

Assim sendo, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença recorrida.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): JARBAS LADEIRA e BRANDÃO TEIXEIRA.

SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO.

2. Razões

A despeito de o CC/2002 ter expressamente consagrado o princípio da mutabilidade do regime matrimonial de bens no Direito de Família (art. 1639, § 2º), tem-se entendido que tal autonomia encontra barreira no seu art. 1.641, o qual prevê a imposição, em nosso entendimento, *de forma inconstitucional*, do regime de separação legal ou obrigatória em três situações distintas: a) casamento contraído com inobservância das causas suspensivas; b) casamento da pessoa maior de sessenta anos; c) casamento de todos que dependerem de suprimento judicial. Essa última situação é objeto de nossos comentários.

Há também quem sustente a inconstitucionalidade de tal vedação, inclusive por ferir o princípio da isonomia, uma vez que ela não se aplica aos casos de união estável. Por outro lado, os Tribunais têm feito uma interpretação meramente literal do dispositivo, pugnando por sua aplicabilidade incondicional, mesmo diante das abalizadas críticas oferecidas por determinado setor da doutrina.

Foi o entendimento esposado no acórdão ora comentado, em que a 2ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais concluiu que a alteração do regime de bens pode ser aplicada inclusive aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, mas sendo inviável a sua aplicação se for verificada a hipótese do inciso III do art. 1.641 do CC/2002. Assim, trata-se de matéria polêmica para a qual tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda não possuem um entendimento uniforme. Logo, esperamos poder apresentar os dois pontos de vista acerca do presente assunto para, ao final, tecermos a nossa proposta de alteração do dispositivo em questão.

3. Comentários

3.1 Consagração da Mutabilidade ou Revogabilidade do Regime de Bens

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.639, § 2º, consagrou o chamado *princípio da mutabilidade* do regime de bens mediante autorização judicial, desde que:

- a) o pedido seja formulado em consenso por ambos os cônjuges;
- b) apurada as razões invocadas;
- c) ressalvados os direitos de terceiros.

Assim, aboliu-se a imutabilidade ou irrevogabilidade do regime de bens do art. 230 do CC/1916. Sobre as razões de o legislador ordinário ter adotado a imutabilidade no CC/1916, Venosa (2003, p. 171) anota que ela foi erigida na lei “[...] como garantia aos próprios cônjuges e para o resguardo ao direito de terceiros”. E completa:

No curso da vida conjugal, um dos cônjuges poderia fazer prevalecer indevidamente sua vontade para alterar o regime em detrimento do outro ou dos credores do casal. Terceiros que contraem obrigações com pessoas casadas devem conhecer seu regime de bens, porque dele decorrem inúmeros reflexos nos negócios jurídicos. Nosso sistema de 1916 não permitia, pois, que o regime escolhido fosse alterado no curso da vida conjugal. Não é o que ocorre em todas as legislações.

Rodrigues, em sua obra atualizada por Cahali (2006, p. 149) transcreve a lição de Lafayete acerca da imutabilidade do regime de bens prestigiada no CC/1916:

Uma vez definitivamente estabelecido [o regime de bens], não pode mais ser alterado ou modificado. Esta salutar disposição legal é determinada por motivos os mais ponderosos. A permissão de alterar o regime de bens na constância do matrimônio, além de deixar os direitos do cônjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da sedução e da astúcia do outro, colocaria os haveres do casal em um estado de incerteza incompatível com a estabilidade de ordem pública que lhes é mister.

Pela simples leitura da citação colacionada acima, percebe-se que a ideologia reinante à época era a de absoluta presunção de inferioridade, *in casu*, da esposa em relação ao marido, bem como se constata a indisfarçável nota característica dos chamados códigos oitocentistas, consistente na desmesurada proteção do patrimônio. Assim, observa-se que nem de longe tal ideologia deixou-se influenciar por princípios como

o da igualdade entre os cônjuges (CF/88, arts. 5º e 226, § 5º, e CC/2002, art. 1.511), o do planejamento familiar conjunto (CF/88, art. 226, § 7º, e CC/2002, art. 1.565, § 2º), o da comunhão de deveres recíprocos (CC/2002, arts. 1.566 e 1.567, *caput*), o da solidariedade e proteção familiar (CF/88, art. 226), entre tantos outros princípios constitucionais da família.

A preocupação exagerada com o patrimônio, aliada à presunção de que um dos consortes sempre irá ludibriar o outro em determinados casos, não mais tem espaço nos dias atuais, que são marcados por uma participação cada vez mais efetiva, paritária e consciente de ambos os cônjuges nos rumos do casamento. Na atual sistemática do CC/2002, vale observar que, para a implementação da alteração do regime de bens, os direitos de terceiros deverão ser assegurados, o que se constitui em mecanismo eficiente para evitar a fraude e outras burlas.

Rodrigues (2006, p. 150) aponta, no direito comparado, outros países cujo sistema jurídico adota a teoria da revogabilidade dos regimes de bens: Alemanha, Suíça, França, Bélgica e Itália. Seja como for, o fato é que agora é possível que os cônjuges alterem o regime de bens no decorrer da sua vida conjugal, dispondo da mesma forma que os bens comuns. Escreve Dias (2005, p. 210) que o “[...] único limite é o mínimo ético de qualquer avença, que não deve afrontar disposição expressa de lei (1.655)”.

A mobilidade no tocante aos bens comuns sempre foi nota característica nas uniões estáveis e talvez tenha sido essa a inspiração para o legislador inovar a ordem jurídica nesse particular, pois como afirma Venosa (2003, p. 171), manter a “[...] imutabilidade do regime de bens seria tratar o casamento de forma mais rigorosa que a união sem casamento”.

3.2 Da Alteração do Regime de Bens no Caso da Separação Obrigatória ou Legal Imposta àqueles que Dependem, para Casar, de Suprimento Judicial. Da Releitura do Art. 1.641 do CC/2002

O Código Civil, de 2002, dispõe:

Art. 1641. É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de sessenta anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (grifo nosso).

Antes de abordarmos propriamente a matéria, é importante trazer a distinção entre separação absoluta ou convencional de bens e separação legal ou obrigatória de bens, segundo a lição de Nery Junior e Nery (2003, p. 746):

No regime de separação (convencional) de bens, como previsto neste capítulo (CC 1687 e 1688), os nubentes estipulam livremente em contrato (pacto antenupcial CC 1653 e 1657), antes de celebrado o casamento (CC 1639), o que melhor lhes convém quanto aos seus bens. Já o regime de separação *obrigatória* de bens, que se impõe em virtude de situação peculiar dos nubentes nos termos do CC 1641 e incisos, não decorre de convenção das partes, mas de imposição de lei, e por isso se diz, *regime de separação legal de bens*.

Dito isso, reitera-se que o acórdão em comento negou a possibilidade de o casal alterar o regime matrimonial de bens devido ao fato de que, à época em que contraíram o casamento, precisaram do suprimimento judicial (CC/1916, art. 258, parágrafo único, IV, c/c art. 214, *caput*).

Vale frisar que o motivo do não-provimento ao apelo não foi o fato de as núpcias terem sido celebradas sob a vigência do CC/1916; isso inclusive foi ressaltado pelo Relator no curso do voto. A razão pela qual o Tribunal de Justiça justificou a improcedência do pedido formulado foi, repita-se, o fato de o art. 1.641, III, do CC/2002 impor a separação legal como regime de bens, o qual, segundo o Relator, deve perdurar durante toda a existência da vida conjugal nesse caso.

Com o devido respeito, não concordamos com o entendimento exarado nesse acórdão do TJMG. Várias são as razões que nos levam a afirmar que o inciso III deve ter compatibilizada a sua interpretação com os princípios e nuances que permeiam todo o sistema.

Além disso, reputamos ilegítima a opção feita pelo legislador ordinário de 2002 que, não obstante tenha promovido verdadeiros progressos no campo do Direito Civil, não andou bem em relação a essa particular questão. Em obra clássica, Perlingieri (2002, p. 3) aduz que, diante das escolhas legislativas ilegítimas, o jurista pode se empenhar em uma atividade, às vezes, historicamente louvável, de resistência contra elas. Trata-se de questão que coloca de um lado a chamada *fidelidade ao ordenamento* e, de outro, o *direito de resistência*.

Como exemplo, Perlingieri (2002, p. 3) anota que na época do nazismo, parte da jurisprudência alemã e italiana soube colocar um freio, mesmo que limitado, na atividade legislante referente às normas que inspiravam distinção de pessoas com

base na raça. Assim, de acordo com as circunstâncias, era necessário aplicar tais normas, ora de maneira restritiva, ora de maneira ampliativa.

Sob semelhante viés, Almeida (2003, p.149) escreve que é “[...] dentro do Estado Democrático de Direito que o Poder Judiciário Brasileiro tem a função de transformar positivamente a realidade social, no sentido de implementação da igualdade material”. Para o autor, essa tarefa fundamental do Poder Judiciário está consagrada, com dignidade constitucional de cláusula pétrea, no capítulo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, mais precisamente no art. 5º, XXXV. E conclui Almeida (2003, p. 150):

Essa implementação material do Estado democrático de direito brasileiro pela via jurisdicional é fundamental e ocorrerá se o Poder Judiciário, consciente e lúcido do seu dever, desenvolver atividade interpretativa: de um lado, *proteção* dos direitos e garantias constitucionais já consagrados formalmente; de outro, de *efetivação*, no plano material, desses direitos e garantias constitucionais, sejam eles de natureza individual, sejam eles de natureza coletiva.

Passemos a alguns argumentos que nos conduzem à possibilidade da mutabilidade do regime matrimonial de bens mesmo quando verificada a hipótese do art. 1.641, III, do CC/2002.

a) Da ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que não há similar barreira em se tratando da união estável

Em primeiro lugar, é patente a ofensa ao princípio da isonomia, pois não há similar barreira em se tratando da união estável. Dias (2005, p. 209) refere-se às hipóteses do art. 1641 como sendo “[...] raras e inconstitucionais exceções”, comparando-se com a união estável, em que “[...] plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito, tudo o que quiserem”. E mesmo assim, no caso de união estável, no silêncio dos conviventes, o art. 1.725 do CC/2002 impõe o regime de comunhão parcial de bens, o qual é, pelo menos a princípio, mais *justo e harmônico* que o gravoso regime da separação obrigatória. E conclui a desembargadora gaúcha:

No momento em que a Constituição concedeu o mesmo *status* ao casamento e à união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é no mínimo inconstitucional reconhecer que há limitação à liberdade de decidir as questões patrimoniais no casamento, sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar a outra conclusão.

Dias (2005, p. 65) lembra que em sede do *direito das famílias* vigora o princípio constitucional da proibição do retrocesso social (art. 226), decorrente da consagração constitucional da igualdade entre as próprias entidades familiares. Com base nesse princípio, nenhum texto infraconstitucional poderá fornecer tratamento diferenciado às entidades familiares de modo a representar um verdadeiro retrocesso social quando atingir direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Por isso, quando houver a atribuição de privilégio a alguma entidade familiar sem que haja a correspondente referência às outras, é necessário que o intérprete supra essa lacuna.

b) Da ineficaz tentativa de proteção ao patrimônio dos menores, no caso de casamento celebrado por intermédio do suprimento judicial

Ao escreverem sobre a constitucionalização ou publicização do Direito Civil, Faria e Rosenvald (2006, p. 19) ensinam que o Direito Civil contemporâneo deve ser forjado no princípio da legalidade constitucional, vocacionado principalmente para a garantia da dignidade da pessoa humana, em que a preocupação com o homem, com o humano, passa a ser o seu foco principal. Para eles (2006, p. 27), as categorias meramente patrimoniais do Direito Civil devem ser repensadas “[...] a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), *solidariedade social* (art. 3º, III) e na *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º)”.

Especificamente quanto ao inciso III do art. 1.641 do CC/2002, Rodrigues (2006, p. 143) comenta ser evidente o intuito protetivo do legislador “[...] para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do consorte”.

A imposição do regime de separação obrigatória tem evidente o intuito protetivo: de uma lado, evita, na maioria das previsões, que pessoas, pela sua posição, possam ser conduzidas ao casamento pela atração que sua fortuna exerce; e, de outro, preserva os direitos patrimoniais dos filhos, herdeiros, tutelados, curatelados e do ex-cônjuge (RODRIGUES, 2006, p. 148).

Mas em muitos casos, como pondera Rodrigues (2006, p. 143), “[...] a disposição da lei, ao invés de beneficiar, pode prejudicar a pessoa que visa proteger”. Isso ocorre porque, quando se tem em mente a exacerbada preocupação com a defesa do patrimônio conjugal nos casamentos, denota-se que tais regras como a do art. 1.641, III, do CC/2002 foram feitas apenas para as classes mais ricas da população. Esquece-se, por conseguinte, que a maior parte da população brasileira é constituída de pessoas humildes, desprovidas de grande volume de recursos. Por isso, nesses casos, é ineficaz a tentativa de proteção a um patrimônio que, via de regra, nem sequer existe. E mais:

tal regime pode gerar flagrantes injustiças a um dos cônjuges, como se observa da abalizada crítica feita por Rodrigues (2006, p. 147) a esse respeito;

A quase-totalidade dos casamentos realizados após a obtenção de autorização judicial é de gente pobre, que nada possui ao tempo do enlace. Se o casal depois enriquece, e como regra geral os bens de raiz são adquiridos em nome do marido, a mulher chega, ao fim da vida, pobre, ao contrário de seu consorte, em cujo nome se encontram os haveres ganhos pelo esforço comum.

Posição idêntica é a de Venosa (2003, p. 174) ao lembrar que “[...] o legislador, direcionado para uma posição essencialmente patrimonial, esbarra em nossa realidade social”, a qual nos dá conta de que os casamentos de pessoas que necessitaram de suprimimento judicial ocorre nas classes menos favorecidas, cujo patrimônio, talvez, será formado somente nos anos futuros. Por isso, a pedra de toque do novo direito civil constitucional não é mais a preocupação exacerbada com o patrimônio do casal, mas com o próprio ser humano e o exercício de uma vida digna, a partir do *solidarismo social* e da *igualdade substancial*. Faria e Rosenvald (2006, p. 29) anotam a esse respeito:

Bem-vindos ao novo Direito Civil, construído a partir da legalidade constitucional, cujo olhar se volta para a proteção da pessoa humana e não mais para o seu patrimônio. Seus mares estão à espera de descobertas e conquistas. Sobreleva, no entanto, importante aviso aos navegantes : o caminho que se descortina, nascido da colisão inevitável entre a realidade viva e os velhos ideais do novo(?) Código Civil – inspirado em categorias jurídicas ultrapassadas – , não tem rota predeterminada. Precisa ser redescoberto. E suas pontes e portos serão construídos, a partir do reconhecimento do atual modelo de vida plural e aberta, garantindo proteção à pessoa humana.

Por fim, transcreve-se, ainda, a lição de Faria e Rosenvald (2006, p. 33) a respeito da socialização dos institutos civilistas com expressão econômica:

A tônica é a prevalência de valores mais humanitários e sociais. ‘O destaque dos elementos sociais impregnará o direito privado de conotações próprias, eliminando resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é fim último da norma, equilibrando-se os diferentes interesses por ela regidos’, consoante o pensamento de Carlos Alberto Bittar.

c) Da Súmula nº 377/STF como um abrandamento ao rigor do regime de separação legal de bens e sinalização de mudanças

Diz a Súmula nº 377 do STF: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. A Súmula foi aprovada em sessão plenária do Pretório Excelso em 03.04.1964 e teve como precedentes, entre outros, o RE nº 7243 (embargos), RE nº 9128, RE nº 10951 e RE nº 8894 (embargos), “[...] embora a sua jurisprudência não fosse firme nem constante”, lembra Rodrigues (2006, p. 172).

Com isso, explica Dias (2005, p. 232), o “Supremo Tribunal Federal sinalizou a possibilidade de divisão do acervo adquirido durante o casamento em nome de um dos cônjuges”. Logo, tal presunção de comunicabilidade instituída pela Súmula nº 377/STF, em relação aos casamentos celebrados sob o regime de separação obrigatória, visa a coibir o enriquecimento sem causa de apenas um dos cônjuges em detrimento do outro.

Se os cônjuges que se casaram sob a rubrica da separação legal, no caso do art. 1.641, III, do CC/2002, pudessem alterar, no futuro, o regime patrimonial para o de comunhão parcial, os efeitos práticos nesse caso seriam os mesmos observados a partir da aplicação da Súmula nº 377/STF, evitando-se, assim, locupletamento ilegal de um dos cônjuges sobre o outro. Para Dias (2005, p. 234), o conteúdo ético do enunciado é nítido, de forma a assegurar a meação no patrimônio construído. E acrescenta mais:

Impositivo reconhecer, no mínimo, que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento. Aliás, esta é a lógica que inspirou a edição da Súmula. O casamento gera plena comunhão de vidas (1.511). Em decorrência do dever de mútua assistência (1.566 III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (1.565). Surge verdadeiro vínculo de solidariedade (265), não se justificando a vedação, sob pena de se fomentar o enriquecimento indevido de um em detrimento do outro.

De toda forma, é bastante válida e salutar essa súmula, cujo efeito prático foi o de aproximar o regime de separação legal ao de comunhão parcial. Rodrigues (2006) posiciona-se favoravelmente à aplicação da Súmula nº 377/STF inclusive nos casos da separação convencional.

No regime de separação convencional de bens, até poderíamos, em certos casos, sustentar a incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, tendo em vista que essa foi a opção dos nubentes ao tempo do matrimônio. Mas, impor a

incomunicabilidade de maneira cega àqueles que não puderam optar, isso se caracteriza uma indevida ingerência do Estado e uma agressão aos valores constitucionais que permeiam o casamento.

Duas jovens pessoas que resolverem se casar dificilmente terão patrimônio ao tempo do casamento. Tendo em vista as juras *de amor e fidelidade*, notadamente feitas durante a juventude, é inegável que a maioria dessas uniões é permeada por desejo de ajuda mútua, espírito de solidariedade e sentimento de afetividade, de tal modo que tudo aquilo a ser conquistado pelos cônjuges fatalmente virá do seu esforço comum. Em outras palavras, os cônjuges vivem uma atmosfera de completa união, jamais de divisão ou distinção. Logo, impor-se a separação legal é, no mínimo, incoerente, levando-se em consideração as expectativas do casal e o novo perfil eudemonista da família, explicado por Dias (2005, p. 67) a partir da consagração do chamado *princípio da afetividade*:

A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família que progride à medida que regride ao seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família. Por isso a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

Além disso, vale lembrar que o art. 1.688 do CC/2002 dispõe que “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial”. Como se vê, a solidariedade familiar parece mesmo ser o lema nos novos perfis de entidades familiares. Por isso, a regra é a comunhão de obrigações e direitos, sendo certo que os bens adquiridos ao longo dos anos de vida matrimonial comum devem mesmo ser atribuídos a ambos, concepção que, todavia, é vedada pelo art. 1.641, III, do CC/2002.

Assim, pode-se dizer que tanto a doutrina quanto a jurisprudência há muito vêm cumprindo o seu papel no sentido de se repararem injustiças descabidas; espera-se, agora, uma atitude coerente do legislador para atualizar o *Codex* à própria realidade social.

3.3. Das Propostas de Alterações

Como vimos, várias são as premissas que nos permitem afirmar a não-razoabilidade de imposição da imutabilidade do regime patrimonial em relação aos que necessitaram de suprimimento judicial para se casarem (CC/2002, art. 1.641, III).

Vale lembrar que, na sistemática do CC/2002, o suprimimento judicial divide-se em duas espécies: o *suprimimento do consentimento ou da outorga* (art. 1.517, parágrafo único) e o *suprimimento da idade* (art. 1.520). Na primeira hipótese, os nubentes são maiores de 16 e menores de 18 anos, portanto atingiram a idade núbil, mas não obtiveram o consentimento ou a outorga dos pais, conforme exige o *caput* do art. 1.517 do CC/2002. Na segunda, permite-se o casamento dos absolutamente incapazes, portanto sem a idade núbil de 16 anos, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez da menor.

A diferença é que no primeiro caso, trata-se de menores relativamente incapazes e que precisam do consentimento dos pais para casar, ao passo que no segundo, trata-se de absolutamente incapazes, os quais, mesmo com o consentimento dos pais, não podem casar-se senão mediante suprimimento de idade a ser deferido pelo juiz. Tanto numa como noutra, a consequência é irremediavelmente a mesma, qual seja, a da imposição do regime obrigatório de separação devido ao suprimimento judicial concedido (CC/2002, art. 1.641, III).

A teor do acórdão em comento, parece que os apelantes, menores de 16 anos, casaram-se durante a vigência do Código Civil de 1916 para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal (CC/1916, art. 214, *caput*) e por isso necessitaram do suprimimento judicial em relação à idade (CC/1916, art. 258, parágrafo único, IV).

A imposição da imutabilidade do regime de bens nos casos de *suprimimento do consentimento* é ainda mais descabida. Como se sabe, o suprimimento judicial nesses casos ocorre quando verificada a injustificável resistência dos pais em manifestar a sua outorga ao casamento. Nery Junior e Nery (2003, p. 694) aduzem o seguinte:

Suprimimento da outorga. O Código quer que o casamento seja realizado com a aquiescência de ambos os pais, mas não pretende impedi-lo porque somente um deles o não aprove (Bevilaqua, CC, v. II^o, 186, 26). É possível que o interessado busque em juízo a outorga para a realização do ato, se a negativa de anuência ou de autorização for despropositada, ou se se deu de forma inadequada. CF, 5^o, XXXV: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.

Ora, se a resistência é de todo descabida, por qual razão os nubentes deveriam ter que se resignar por toda a vida diante de um regime que não espelha a ideologia das núpcias que contraíram? Se a negativa dos pais em anuir ao casamento foi reputada injusta pelo Judiciário, qual o motivo de impedir a modificação posterior do regime de bens?

A esse respeito, também escreve Dias (2005, p. 235): “Assim, injusto o regime de incomunicabilidade total dos bens, não havendo porque o Estado impor qualquer tipo de punição quando a própria Justiça chancelou a realização do matrimônio”. E mais à frente, a jurista conclui com sabedoria:

Com o suprimimento judicial da idade núbil, o requisito da idade foi satisfeito por ordem emanada do Poder Judiciário. Cabe questionar: de que vale então dito suprimimento? Afinal, o juiz supriu ou não supriu a falta do requisito obrigatório? De qualquer forma, é no mínimo estranho que o juiz libere da penalização os noivos menores de 16 anos, cujos pais sequer concordaram com o casamento, e não possa conceder o mesmo ‘perdão’ em se tratando de noivos com mais de 60 anos.

Seja como for, acreditamos que os menores que tenham se casado mediante suprimimento judicial (*suprimimento do consentimento ou suprimimento da idade*) devem ser liberados da imposição do regime de separação legal. Assim, apontaremos aqui a nossa sugestão em relação ao art. 1.641, III, do CC/2002.

Em primeiro lugar, é de consignar que o art. 1.641, III, do CC/2002 não veda expressamente a alteração do regime patrimonial. O artigo apenas determina que os cônjuges, nesse caso, deverão adotar, *no momento do casamento*, o regime de separação obrigatória, sendo silente, portanto, em relação a uma possível alteração desse regime *a posteriori*. Por isso, dizemos aqui que a imutabilidade, *in casu*, é apenas aparente, pois, além de não encontrar óbice legal expressamente previsto no *Codex*, a sua aceitação está de acordo com os fins sociais a que se dirige a norma.

O foco da proteção do art. 1.641, III, do CC/2002 deve ser transmutado do aspecto meramente patrimonial para a dimensão da verdadeira felicidade dos consortes, aí entendida como o conjunto de fatores que possibilitará a realização do novo e moderno perfil do conceito de família, calcada na dignidade da pessoa humana, no solidarismo, na democracia e no humanismo, assim como voltada para a tutela da pessoa humana, esta, sim, sujeito de direitos.

Concordamos com Dias (2005, p. 37) quando sustenta que a família adquiriu uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais

de seus componentes, podendo afirmar que o princípio motivador do *direito das famílias* é o princípio da afetividade. Logo, em nosso entendimento, a melhor solução consistiria na adoção do critério da imutabilidade temporária, ou seja, nos casos de suprimimento judicial, os nubentes poderiam alterar o regime de bens tão logo fosse atingida a maioridade por ambos os cônjuges.

No caso concreto, o Juiz poderia analisar os diversos fatores de fato e de direito trazidos no bojo do pedido de alteração no regime de bens e, assim, deferir o pedido sem maiores auguras, desde que respeitados os requisitos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002.

Outra sugestão seria a aplicação do critério adotado pelo legislador de 2002 no que tange ao parágrafo único do art. 1.523 do CC: caso os cônjuges menores provem a ausência de bens a partilhar ou a inexistência de prejuízo patrimonial a terceiros, a lei deveria liberá-los da imposição da imutabilidade e da adoção compulsória do regime de separação legal:

Art. 1.523.
Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou a inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Se tal regime visa proteger o patrimônio dos cônjuges e se nada há a partilhar, não há lógica em se adotar semelhante vedação. No caso de um ou ambos cônjuges serem herdeiros, bastaria que o sistema previsse uma regra de incomunicabilidade de tais bens, pelo menos até atingir-se a maioridade, como sugerido acima, a partir de quando eles poderiam dirigir os rumos do casamento da forma que melhor lhes aprouvesse.

Em comentário à disposição contida no parágrafo único do art. 1.523 do CC/2002, Rodrigues (2006, p. 149) aduz ter sido prodigioso o critério adotado, pois, de um lado, evita prejudicar o cônjuge que a lei visa proteger e, de outro, preserva os direitos de terceiros, como os do ex-cônjuge ou dos herdeiros. E em relação ao art. 1.641 do CC/2002, leciona Rodrigues (2006, p. 149):

É lamentável não ter sido mais audacioso o legislador estendendo essa flexibilidade da imposição ao regime de separação obrigatória também aos demais casos do art. 1.641. *Quem sabe, por analogia, equidade, ou projetando os fins sociais a que a lei se dirige, a jurisprudência siga este caminho, suprimindo a omissão da norma,* cujo avanço ocorrido, mas contido, pode

ainda causar injustiças, como visto anteriormente. (grifo nosso).

Consta do acórdão em comento que:

[...] se o legislador de 2002 não quisesse que o regime obrigatório da separação de bens perdurasse no tempo, decerto que teria dito no § 2º do art. 1.639 do CC que é admissível a alteração do regime de bens, inclusive em relação ao regime obrigatório a separação de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Todavia, o direito é criado não apenas pelo legislador, mas por todos os seus aplicadores e intérpretes que, por uma forma ou outra, têm o poder de influenciar positivamente nos rumos da sociedade mediante a concretização da norma jurídica, sempre em prol do bem comum coletivo e do bem-estar dos cidadãos. Nessa seara, o precedente jurisprudencial é de suma importância para a efetivação da ordem jurídica justa. Perlingieri (2002, p. 20) já sustentava que o conjunto das decisões judiciais deveria representar o direito vivente, sociologicamente recuperável, otimizador das regras e princípios. O juiz ou o advogado não poderiam ficar vinculados a leis abstratas que não sejam capazes de suprir injustiças e omissões. E conclui:

Por conseguinte, no sistema jurisprudencial os precedentes têm um papel relevante; o seu fundamento está na aplicação e na interpretação de normas e princípios que não são próprios, mas que, ao contrário, pertencem ao sistema das fontes normativas primárias, sem as quais seriam ‘flores sem caules’.

A respeito do fim da aparente imutabilidade de regime patrimonial contida no art. 1.641, III, do CC/2002, Rodrigues (2006, p. 149) lança a sua sugestão aos Poderes Legislativo e Judiciário:

Àquele [legislador] para alterar a norma, e a estes [juízes] para, enquanto mantido o sistema atual, estenderem o avanço previsto no parágrafo único do art. 1.523 a todos os casos de separação obrigatória de bens, evitando-se impor situações injustas para aquele que a lei criou restrição com o objetivo de proteger.

Dias (2005, p. 28) aduz que, embora o novo Código Civil tenha sido bem-vindo, chegou velho, haja vista o seu descompasso com o sistema jurídico em vários pontos. E traz a seguinte reflexão aos operadores do Direito:

Por isso, é imprescindível que os lidadores do Direito busquem aperfeiçoá-lo: proponham emendas retificativas, realizem quem

sabe até verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece. Mas mudar era preciso. Preferir que as coisas fiquem como estão – postura tipicamente humana, pelo medo no novo – é mais fácil. De outro lado, criticar, sem nada acrescentar é uma atitude estéril que em nada contribui para que algo seja melhorado.

4. Conclusão

O Código Civil, de 2002, consagrou o princípio da mutabilidade dos regimes de bens no Direito de Família (art. 1639, § 2º), mesmo em se tratando de casamentos celebrados anteriormente sob a vigência do CC/1916, segundo o entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Para que ocorra a mudança no regime patrimonial de bens é necessária a observância dos seguintes requisitos previstos no art. 1639, § 2º, do CC/2002: a) o pedido seja formulado em consenso por ambos os cônjuges; b) apuradas as razões invocadas; c) ressalvados os direitos de terceiros.

Não obstante a consagração do princípio da mutabilidade apontado acima, o art. 1.641, III, do CC/2002 prevê compulsoriamente (pelo menos no momento de celebração do casamento) a adoção do regime de separação legal de bens a todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

O suprimimento judicial divide-se em duas espécies: a) *suprimimento do consentimento ou da outorga dos pais* (CC/2002, art. 1.517, parágrafo único) e o suprimimento da idade (CC/2002, art. 1520). Vale lembrar que, na sistemática do CC/2002, o suprimimento judicial divide-se em duas espécies: o suprimimento do consentimento ou da outorga (art. 1.517, parágrafo único) e o suprimimento da idade (art. 1.520). Na primeira hipótese, os nubentes são maiores de 16 e menores de 18 anos, portanto atingiram a idade núbil, mas não obtiveram o consentimento ou a outorga dos pais, conforme exige o *caput* do art. 1.517 do CC/2002. Na segunda, permite-se o casamento dos absolutamente incapazes, portanto sem a idade núbil de 16 anos, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez da menor.

A partir de uma interpretação da norma voltada à realidade social das partes, é possível que, na hipótese do art. 1.641, III, do CC/2002 (*suprimimento do consentimento* ou *suprimimento da idade*), o regime de bens seja posteriormente alterado de acordo com as necessidades, características e aspirações do casal.

A vedação à mudança do regime patrimonial na hipótese do art. 1.641, III, do CC/2002, fere o princípio da isonomia, uma vez que não há similar barreira em se tratando da

união estável. Além disso, trata-se de uma ineficaz tentativa de proteção ao patrimônio dos nubentes menores de 16 anos, pois, na experiência brasileira, raramente eles já terão adquirido alguma porção significativa de bens a essa época, aliado ao fato de esse tipo de casamento normalmente ocorrer nas camadas mais pobres da sociedade.

A Súmula nº 377/STF representa um abrandamento ao rigor do regime de separação legal de bens.

Apresentamos a sugestão de que imutabilidade do regime de bens seja temporária, de modo que os nubentes menores que dependerem de suprimento judicial para casar, seja em relação ao consentimento dos pais ou em relação à idade, possam alterar o regime de bens após atingida a maioridade.

Outra sugestão seria a aplicação do critério adotado pelo legislador no que tange ao parágrafo único do art. 1.523 do CC/2002: caso os cônjuges menores provem a ausência de bens a partilhar ou a inexistência de prejuízo patrimonial de terceira pessoa, a lei deveria liberá-los da imposição da imutabilidade e da adoção compulsória do regime de separação legal.

O presente comentário visa apresentar uma grave distorção contemplada pelo legislador no art. 1.641 do CC/2002, na medida em que sobrepõe o patrimônio ao ser humano, fim de todo o sistema jurídico. E não é só: pretende aproximar a norma, ser abstratamente construído, da realidade social onde terá de ser concretizada, sempre na perspectiva do Direito Civil Constitucional. Não se deve perder de vista que a ausência de legitimidade se afigura patente quando se agiganta o abismo entre a base normativa e a realidade social, campo concreto de aplicabilidade da norma.

5. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito de família. 28. ed. Atualização Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6.